

明治民法における物上代位制度の実務的理解

— 平成元年判決前夜までの判例分析 —

一 藁 幸

はじめに

平成15年7月25日、「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」が成立した¹。これは抵当権にかなり大きな変化をもたらすこととなった。この改正の主軸の一つに、担保不動産収益執行制度（以下、「収益執行制度」という。）の新設が挙げられる²。

この収益執行制度の新設により、抵当不動産から生じる収益に対して抵当権がその効力を及ぼす方法として、二つの道が考えられるようになったといえよう。一つは、まさにこの新たな制度を利用する方法であり、もう一つが、従来の通り、物上代位によるものである。

この物上代位については、賃料債権に対してこれを行使できるか否かという点で、議論が錯綜していた。しかし、平成元年10月27日、最高裁判所がこれを認めるとの判断を下し³、それ以降、物上代位は、抵当権がその目的不動産の収益に対して効力を及ぼすことのできる唯一の手法とされた。そのため、特にバブル経済崩壊後の実務界では、債権回収の有効な手段として、この手法が広く活用されている。しかし、その一方で、実際にこの物上代位という制度を利用するに伴い、当該制度の抱える手続的不備⁴が次第に浮き彫りとなってきた。そこで、このような不備を正す必要性が叫ばれ、これ

¹ 平成15年における改正前後で、それぞれの民法を区別するため、本稿では、改正前の民法について「明治民法」、改正後の民法については「改正民法」と称することとする。ちなみに改正後の民事執行法については「改正民事執行法」と称する。

² 改正民法371条は「抵当権は、その担保する債権について不履行があったときは、その後に生じた抵当不動産の果実に及ぶ。」と定めた。これに関連して、改正民事執行法180条において、「二 担保不動産収益執行（不動産から生ずる収益を被担保債権の弁済に充てる方法による不動産担保権の実行を言う。以下この章において同じ。）の方法」を担保権実行方法として定めている。これにより、担保権を実行するのに、従来の担保不動産競売によるか、この新設された収益執行制度によるか、債権者は選択可能となった。

³ 民集43巻9号1070頁以下参照。正確には、この事案では賃料が供託されており、最高裁は、その際に生じた供託賃料還付請求権に対して、物上代位権を行使できるとした。しかし、当該請求権を物上代位の対象として認めるとすると、その前提として、当然、賃料債権も物上代位の対象に含まれると解することができよう。そのため、この事案は、抵当権に基づき賃料債権へ物上代位権を行使することに関して、最高裁が初めて判断を下した事案として一般的に認識されている。

⁴ 法務省ホームページ（<http://www.moj.go.jp>）において法制審議会「担保・執行法制部会」における議事録が閲覧可能。同ホームページにおいて、「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案」（以下、これを「中間試案」という。）および「担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明」（以下、これを「補足説明」という。）の全文が掲載されている。収益執行制度に関しては、中間試案における「第一 主として担保法に関する事項」の「4 抵当権（1）」に示されており、これについて付された補足説明において、物上代位の抱える手続的不備が問題点として掲げられている。この問題解決の方策として考えられたのが、新設された収益執行制度の前身、「抵当権の実行に係る手続として強制管理に類するもの」である。

に後押しされる形で本改正へと至ったのである。このような背景を経て、本改正における収益執行制度の新設への道が繋がった⁵ことから、この収益執行制度には物上代位制度の不備を補う制度であれとの期待がかけられていることは明白であろう。

このような期待を受けて新設された収益執行制度であるが、これは未だ制定から数えても日は浅く、その運用に関しては、今後の実務による積み重ねを待つほかないであろう。しかし、適切な運用を望むのであるなら、抵当権が不動産収益に対してどのような効力を有しているのかについての理解を確立する必要があるのではなからうか。これは、そもそも抵当権の性質上生じる効力の「枠」を越えてまで不動産収益にその効力を及ぼさせることは、抵当権の性質を変容させることを意味し、新設された収益執行制度によっても許されない、との考えに基づくものである。そのため、不動産収益に対する抵当権の効力の「枠」を具体化し、その「枠」こそを、新制度の最大運用範囲として定めることができるのではないかとの見解に至った。本改正が、あくまで明治民法304条の定める物上代位制度を利用した場合に生じる不備の是正を目的として進められてきた点に鑑みても、抵当権の性質を変容させるような意図が本改正に含まれていたとは捉えがたく、このような思考の流れは正当であるとして差し支えはないのではなからうか。

このような抵当権の効力の「枠」の具体化を大きな目的として掲げ、物上代位制度の「枠」を「範囲」と「強度」という二辺に分けて検討を進めていこうと考える。そこで、本改正により収益執行制度が新設されるまでは、抵当権の効力を不動産収益に及ぼしうる唯一の手段であったと考えられる物上代位制度を取り上げよう。なぜなら、明治民法下における当該抵当権の効力の「枠」を具体化するには、物上代位制度の「枠」を構築することがまさに必要条件であると考えたためである。すでに別稿にて、この二辺に基づき、ボワソナード草案・旧民法、明治民法における、条文上予定されていた物上代位制度の「枠」の確認を済ませた。また、さらに、明治民法下において、大審院時代の実務界が構築したこの「枠」の抽出も試みた⁶。

本稿では、前記研究をもとにした前提的理解を踏まえ（Ⅰ）、判例に基づき、経済活動が活発化してきた戦後の日本において、物上代位制度に与えられた実務的な「枠」を模索する段階へと進むこととする（Ⅱ・Ⅲ）。

⁵ 前掲注4、法務省ホームページにおける中間試案・補足説明・法制審議会「担保・執行法制部会」の議事録を参照。

⁶ 拙稿「不動産収益に対する抵当権の効力について ―明治民法制定直後までの物上代位に関する解釈の推移―」岡山大学大学院文化科学研究科紀要 第19号（2005）159頁以下、「明治民法における物上代位制度の実務的理解 ―大審院時代における判例分析―」岡山大学法学会雑誌55巻2号（2006）（488）頁以下。物上代位制度の「枠」を構成する二辺、「範囲」と「強度」という視点の設定は、鈴木祿弥「抵当権に基づく物上代位制度について（一）」民商法雑誌25巻4号206頁より着想を得たものである。

I 前提的理解

物上代位制度の「枠」について、その一辺を、物上代位がどのような対象にまで及ぶのか、つまり代位物の「範囲」、もう一辺を、この制度によって担保権者がどの程度保護を受けることができるのか、すなわち、物上代位が担保権者にもたらす制度的「強度」と、設定することとする。すでにこの二辺につき、ボワソナード草案・旧民法から明治民法制定を経て、大審院時代の実務界がこれに示した立場を確認し、担保権者に許された物上代位制度の「枠」を構築した⁷。

ここでは、その流れをまず概観することとしよう。

1 物上代位制度の「枠」

（1）物上代位制度の「範囲」

ボワソナード・旧民法時において、物上代位制度により、担保権の力が必要以上に強められてしまうことを、そしてそれによって他の債権者が害される危険性を警戒し、その「範囲」は制限されていた。その制限とは、簡単に言えば、追及効の有無という厳格な基準が設けられていたことを指す。この基準によって、必要以上に担保権者を利することを防ぐことができたのである。また、抵当権の場合は、先取特権の場合よりも、いっそう制限を受けていた。これは、抵当権が追及効を認められた担保権であることに加え、さらに、抵当目的物の所有者の権限を保障しなければならないというその性質からの制限も加えられていたためである。

このような制限の結果、旧民法⁸によると、先取特権に基づく物上代位権行使の対象が、①損害賠償請求権、②追及効が認められない場合に限って売却代金債権、③賃料債権、そして④公益収用の際の補償金請求権、となるのに対し、抵当権に基づく場合は、①損害賠償請求権と④公益収用の際の補償金請求権に制限されることとなったといえるだろう。

しかし、明治民法では、372条において簡潔に、抵当権についても先取特権の規定を準用するとされた。そのため条文上、抵当権に基づく場合に課せられていた制限が解かれたことが看取できるだろう。これは、ボワソナード草案・旧民法時に支持されていた見解とは異なるものであり、特に抵当権に基づく場合に関して、物上代位の「範囲」の拡張を生じさせうる。そのため、実務に大きな影響を与えるだろうことは容易に想像できた。

ところが、明治民法制定当初から大審院が廃止された昭和22年までの裁判例からは、「範囲」の拡張傾向をみとめることはできなかった。大審院時代の実務界においては、ボワソナード草案・旧民法時に定められた制限が用いられていた可能性を見出すことができる。

⁷ 拙稿・前掲注6参照。以下、本章（1 物上代位制度の「枠」）はこれをもとにする。

⁸ ボワソナード草案においては、保険金請求権が物上代位の対象として認められていた。しかし旧民法へと移行する際に、保険金請求権に該当する箇所が条文から削除されたため、その条文上、これを認めることは難しくなったと考えられる。

(2) 物上代位制度の「強度」

物上代位制度の「枠」を構成するもう一辺である「強度」について生じた変化はどのようなものであったのだろうか。

そもそも物上代位制度は、担保権を保護する必要性と、その権利行使により担保権者を保護したために生じうる他者への影響に対する配慮、この両者のバランスの上に成り立っていた。そのため、物上代位制度の「強度」を測るには、配慮すべき対象と、担保権者が物上代位権を行使する際に設けられた制限、このふたつが重要なファクターとなるのではないかと考える。そこで、この二点について物上代位制度を確認すると、まず、ボワソナード草案・旧民法時において、この対象を第三債務者としており、物上代位権行使に与えられる制限は必要最小限、とされていたようである。具体的には、第三債務者が実際の弁済をしてしまうまでに、担保権者は自己の物上代位権の存在を彼に知らせること、これが物上代位権行使の際の制限であった。

しかし、明治民法が制定され、その対象は第三債務者から債務者の他の債権者へと変更された。さらにそれに伴い、制限の度合いについて議論が錯綜することとなった。

大審院時代の裁判例から、この点につき実務界における見解を集約すると、大正初期から中期にかけて、担保権者がこの制限から解放されている⁹。これは、物上代位制度を、担保権者に当然に認められる権限であると理解したうえで、そのためその行使の際に他の債権者や第三債務者を考慮する必要はないと解するためであった。そのような思考を根幹におくとした場合、実際の「払渡又ハ引渡」がない限り、担保権者は物上代位権を行使しうようになると考えられるだろう。とすると、これは、保護すべき対象は違えど、ボワソナード草案・旧民法時と同程度の制限しか担保権者に課せられていないと考えられるのではないだろうか。

しかし、大正12年に出された大審院連合部判決は、一転して、厳格な制限を設け、物上代位権行使を担保権者にとって難しいものとした。具体的には、他の債権者を保護するために、他の債権者による差押・転付命令よりも前にこれを行使することが必要であるとされた。更に、債務者による第三者への債権譲渡よりも前にこれをなすことを要するとしている。そしてこの連合部判決の見解は、大審院が廃止された昭和22年まで保たれていたようである。

以上から、担保権の保護の必要性とそこから生じうる他者への影響への配慮、というバランスの上に成り立つ物上代位制度を考えるに、ボワソナード草案・旧民法時には、第三債務者との関係において、担保権者保護に比重をおき、その後、明治民法下においても、保護の対象を他の債権者に変更したものの、天秤は担保権者保護に傾いたままであった。しかし、大正終期に示された連合部判決により、他の債権者保護に重きをおくような形で、物上代位制度の「強度」は弱められていったことが確認できた。

⁹ 明治時代における裁判例では、明確な態度は示されていない。

2 争いの傾向（大審院廃止以降から平成元年判決前夜まで）

次章では、上記理解を前提として、大審院廃止以降から平成元年判決前夜までの裁判例を取り扱い、上で設定した二辺に焦点を当てて検討を進めることとする。その検討前に、簡単に本稿が対象とする年代の事案の傾向をここでまとめてみると、この時期に争われた事案で、筆者が参照しえたものは、判決・決定あわせて71件であった。その内訳はというと、次の表のとおりである。

		物 上 代 位 物			
		損賠・保険	売却代金	賃 料	その他
抵 当 権	20	6	2	10	5
先取特権	51	1	45	—	9

（重複を含む）

この時代において、多くが動産売買の先取特権にかかわる事案であり、それらのほとんどは、自己の商品を売り渡した相手方がそれを第三者に転売した後に破産してしまったというものであった。

しかし、申立ての内容から時代に応じた変化をうかがい知ることができる。

当初は、このような事案において、先取特権者が転売代金債権へ物上代位権を行使するためには、その破産宣告¹⁰よりも先に差押えをしておかなければならないか、という点が争われていた。しかし次第に、その差押えの際に提出する文書の形式¹¹について、はたまた、それが整わない間に第三債務者が「払渡又ハ引渡」をした場合に、先取特権者の有する物上代位権が消滅してしまわないようこれを保全する仮処分申請の可否についてなど、まさに執行上の問題を争う傾向が現れた¹²。

これらの数多くの裁判例の中から、本稿の目的としてあげた、物上代位制度の「枠」の構築にかかわっていると考えられる事案のみを取り上げ、検討を進めることとしよう。

3 小括

ボワソナード草案・旧民法時は、物上代位制度の「枠」に関して、まずその一辺である物上代位の「範囲」について狭く解している。それによって担保権者保護を制限するとともにその反射的效果として他の債権者を保護していると考えられよう¹³。他方、物上代位の「強度」という一辺については、

¹⁰ 現行破産法においては「破産手続開始決定」とされている。

¹¹ 民事執行法193条1項が、担保権実行の際に提出を求める「担保権の存在を証する文書」のことを指す。

¹² これは民事執行法が制定されたことに関係していると考えられる。というのは、昭和50年代後半から、このような民事執行法にかかわる事案が急増しているからである。

¹³ ボワソナードは草案1138条1項但書の解説において、物上代位の対象となる「旧財物を代表する新しい価値とは、その財物自体に担保権が設定されていない限り、他の債権者たちが当てにすることができない価値である。そのため、旧財物を代表する新しい価値への先取特権の移動は、他の債権者を害することはない。」としていた。このように解すると、もし仮に、代位物の「範囲」の制限が緩和されて、広範に亘った場合には、それによって他の債権者が、大きな影響を受けることは想像するにたやすいからである。G. BOISSONADE, *Projet de code civil pour l'empire du japon accompagné d'un commentaire*, nouvelle edition, tome 4, livre IV, Des sûretés, livre V, Des preuves, Art. 1001~1501, YUSHODO, 1998. p267-268. (ボワソナード民法典資料集成 後期IV)。

担保権者にこれを保障している。それにより、物上代位権行使の段において、担保権者の権限はほとんど制限されない。

しかし、明治民法は、「範囲」については拡張されうる規定となっており、また「強度」についても変化が予想された。それを受けた実務界の反応はというと、まず、明治民法制定によって大きく転じる物上代位物の「範囲」には、条文に反して大きな変化はみられなかった。しかし、「強度」については、他の債権者保護に比重をおくような運用がなされており、それに伴い担保権者の権利行使が制限されることとなった。

つまり、大審院時代の実務では、ボワソナード草案・旧民法時を凌駕するような物上代位制度の「枠」は構築されておらず、むしろ、縮小されていたことがわかるであろう。

しかし、このような理念は、戦後においてもそのまま保ち続けていられたのであろうか。明治民法の定める物上代位制度はその「範囲」といった面ではこれを広げる余地の十分あるものとなっている。また、「強度」に関しても、大審院時代の裁判例にみられるように、解釈次第でいかようにも変化する可能性があるといえよう。今後、経済活動が発達していくにつれて、物上代位制度の「枠」の組み換えが行われる可能性を見出すことは容易であろう。そこで、次章からは、この点に留意して、関連する各裁判例の確認作業へと移行することとする。

II 物上代位制度の「枠」——「範囲」という側面から——

物上代位制度の「範囲」について、大審院が廃止された昭和22年以降から平成元年判決前夜までの裁判例の中から、この点を論ずるのにふさわしいと思われるものにつき、特に取り上げ、検討していく。

1 保険金請求権

これについては、大審院時代の実務界において、すでに認識の確立がみられた。その認識とは、条文を根拠に保険金請求権への物上代位権行使を認めるというものである。これは明治民法制定時に立法者らが求めていた通りの判断であったといえる¹⁴。本稿で指定した時代において、保険金請求権について争った事案は7件であり、そのうち6件はこれに従うものであった¹⁵。しかし、旭川地裁の示

¹⁴ 拙稿・前掲注6参照。法務大臣官房司法法制調査部監『法典調査会民法議事速記録二（日本近代立法資料叢書2）』商事法務研究会（1984）368頁以下。明治27年10月19日に開催された第38回法典調査会において、議論の中心は、304条のいう「目的物ノ売却、賃貸、滅失又ハ毀損ニ因リ債務者ノ受クヘキ金額」の中に火災保険金が含まれるのか否かという点であった。しかし、この点について委員会のメンバーの意見は、保険金についても物上代位を認めるべきであるとしておおよそまとまっていた。その後、次第に議論の方向は、条文にどのようにこの件を反映させるかといった点へと移行する。

¹⁵ 6件はいずれもあくまで前提的問題として、明示的または黙示的に保険金請求権への物上代位権行使を認めている。福岡高裁宮崎支部昭和32年8月30日判決下民集8巻8号1619頁以下、高知地裁昭和43年3月26日判決判時526号78頁以下、東京高裁昭和44年5月30日決定下民集20巻5・6号406頁以下、東京高裁昭和44年6月25日決定下民集20巻5・6号433頁以下、山形地裁米沢支部昭和55年3月31日判決判時990号233頁以下、福岡地裁小倉支部昭和55年9月11日判決下民集31巻9～12号890頁以下。

した判断だけが唯一これを否定するものであったのでここで紹介しよう¹⁶。

この事案は、保険金が①保険契約と保険料の支払いによって生じている点、さらには②災害に備えた貯金のような性質を持っているので抵当権者との関係で保険金が抵当目的物に代わるものであるか疑わしい点、をあげてこれへの物上代位権行使を否定している¹⁷。

しかし、やはりこの時代においても、保険金請求権を「範囲」に含ませるという理解が、一般的なものとして通用していたことは、これらの裁判例の判断の比率からも明らかであろう¹⁸。

2 売却代金債権

次に、売却代金債権が物上代位の「範囲」に含まれるか否かであるが、これは明治民法により抵当権に基づく場合でも認められうるようにその条文から読むことができる。さらに、これは抵当権に関する問題としてとどまらず、ボワソナード草案・旧民法時に存在した追及効の有無という物上代位権行使の基準にも関連する。この制限基準を失わせかねない明治民法の規定は、ボワソナード草案・旧民法時と比して、抵当権はもちろん先取特権に基づく場合も含んで、物上代位制度の「範囲」の拡張することを意味するからである。そこで、ここでは①抵当権に基づく場合であっても売却代金債権が物上代位の対象となるか、②追及効の認められる場合であっても売却代金債権への物上代位権行使は可能かという二点に照準を絞り、裁判例を検討しよう。まず①に関する事案は、2件であった。

ひとつは、大阪地裁が昭和33年6月13日に示した判決であるのだが、これは追及効の認められない場合の売買代金債権への物上代位権行使を認めた事案であった。そのため、この判断から、①の観点からの「範囲」の拡張を認めることができるといえるだろう¹⁹。

もうひとつは、仙台高裁において昭和55年4月18日に下された決定である²⁰。

これは、X（抗告人）がAの債務について連帯保証人となり、Aに対する将来の求償債権の確保のためA所有不動産に抵当権の設定を受けたところ、その不動産は、Aが第三債務者Bから買戻特約つきで買い受けたものであり、その後にその買戻権が行使されたという事案である。そこでXは、Bが買戻権を行使すれば、AB間でなされた売買契約は解除され、Xの抵当権も消滅するため、この買戻代金債権につき物上代位権を行使する、として差押命令を申請している。つまりこれは、正面から売

¹⁶ 旭川地裁昭和48年3月28日判決判時737号84頁以下。北沢正啓「物上代位と保険金」別ジュリ70号82頁以下において、当該判決について、「これが判例の主流となるとは到底考えられない」としている。

¹⁷ ここで裁判所が理由付けとしてあげた点について、同様の意見が、明治民法304条の立法作業中にも出されている。保険金はあくまで保険料の対価であり、家の代価ではないといった主張がなされていたことを磯部四郎があげ、条文に対して留保を求めている。

¹⁸ これらの裁判例に対して、わずかにこれを否定する学説が見られた。大森忠夫『保険法（法律学全集31）』有斐閣（1957）187頁以下、西島梅治「質権と物上代位権との優劣」損害保険研究18巻4号125頁以下等参照。

¹⁹ 下民集9巻6号1063頁以下参照。

²⁰ 判時966号58頁以下参照。三宅正男「抵当権者は物上代位に基づき、抵当物件の物上保証人を債務者、右物件につき右抵当権設定登記前に買戻の登記をした者を第三債務者として、右買戻代金債権につき差押命令を求めうるか」判時979号（判例評論262号）160頁以下。

却代金債権への物上代位権行使の認否を争った事案ではない。しかし、この件につき判断を下す前提として、仙台高裁は、抵当権に基づく物上代位は、「抵当権の存在を前提とし」、その目的である「不動産が売買その他の事由により金銭その他の物に代わった場合に、その金銭等に対し抵当権を行使するもの」であるとした点に注目を要する。ここから、①②どちらについても特に制限することなく抵当権に基づき売却代金債権へ物上代位権行使を肯定しているようにも捉えられるのではなかろうか。しかし、その後、この可能性を確信に導くにふさわしい事案が出てきておらず、この点については推論の域を超えることはできないであろう。しかし、少なくとも①については対象と認めているということができるとはしないだろうか。

次に②に関する事案であるが、これについては上の仙台高裁の事案以外に認めることができなかった。他のいずれの売却代金債権について争われた事案も、動産売買先取特権に基づくものであったからである。そのため、②のような場合にこの売却代金債権について「範囲」の拡張が確定的に認められるとする根拠を看取することはできない。

3 賃料債権

賃料債権に対する物上代位を争った裁判例を分類すると、以下のような表に分布することができる。

原則否定	肯定	条件付肯定	分類不明
旭川地裁 昭和40年9月13日決定	東京高裁 昭和31年9月4日決定 大阪高裁 昭和42年9月7日決定	大阪高裁 昭和61年8月4日決定	高松高裁 昭和44年11月25日決定
大阪高裁 昭和54年2月19日決定	東京高裁 昭和60年2月22日決定 福岡高裁 昭和60年8月12日決定	東京高裁 昭和63年4月22日決定	名古屋高裁 昭和60年7月18日判決

(1) 原則否定

これは、賃料債権を、原則として物上代位の「範囲」外であるとし、特定の場合に限り例外的に、これに対する物上代位権行使を認めようとの判断が下された事案である。当てはまる事案は2件であった。

まず、旭川地裁が判断を下した事案である。その概要はまったく不明なのだが、判断の理由は次のとおりであった。

担保物権に基づく物上代位を、「公平の観念から認められるものであ」と理解し、「担保物権の優先的効力が、物の変化すなわち価値の転換のために消滅してしまうことが、担保物権者と担保物所有

者との間の公平を欠く場合」に限って認められるべきである、との考えるのである。そのように解すると、物上代位は、「本来の目的物の全部または一部の上に担保物権を行使することができなくなった場合にのみ認められるべきもの」であり、「したがって、追及効を有する抵当権にあっては、目的物の全部に追及して本来の権利を行使しうる限り、物上代位は認められない」と判断している²¹。これは、大正6年1月27日に大審院によって下された判決に従った思考であるといえよう²²。

さらに、大阪高裁も同様に原則否定的な判断を下した。その内容をまとめると、所有者に使用収益権を残す非占有担保であるという抵当権の性質を理由として、賃料債権は「抵当権の把握する目的の範囲外であり、そのため、原則的にはこれは「物上代位の客体」になりえない、とした。しかし、「当初確保した担保価値の全部または一部が滅失ないし喪失した場合に」限って、賃料債権への物上代位を認めている。具体的には、①抵当権の目的物自体の滅失・毀損等の物理的原因により抵当権が行使できなくなった場合と、②抵当権設定後の第三者に対する賃貸により目的物自体の担保価値の一部が喪失した場合、を挙げている。しかし、たとえ②のような場合でもそれが短期賃貸借で、賃料が合理的であるときは、抵当権者はこの賃料には物上代位できないとした²³。

これらの事案は、物上代位権行使の際に求める条件について基本を同じくしている。両者ともに、物上代位制度を、失われた担保価値を補う目的で行使するべきもの、として捉えており、原則的には賃料債権を物上代位の「範囲」に含めないとしているといえるのではないだろうか。

(2) 肯定

以上のように、賃料債権への物上代位を原則的には否定する立場とは対照的に、これを認めるとした事案を4件みつけることができた。それによると、賃料債権への物上代位権の行使を肯定する理由として、①明治民法372条が準用する304条の規定による条文上の理由²⁴、②賃貸することによって抵当目的物の交換価値は実際に減少しており、賃料は目的物の「交換価値の漸次的実現」を意味しているのだとする理由²⁵、③債務者が賃貸によって収益を上げているのに抵当権者はこれから満足を得る

²¹ 旭川地裁昭和40年9月13日決定、判タ183号184頁以下。

²² 民禄第23号97頁以下参照。またこの事案について、拙稿・前掲注6においても紹介している。

²³ 大阪高裁昭和54年2月19日決定、判時931号73頁以下。この決定により、賃料への物上代位権行使に②という具体的な条件が付された。これは、抵当権設定後の賃貸借で、なおかつ短期賃貸借に該当しないものについて物上代位を認める余地がある旨を判示したように考えられるが、実際にはこの条件から「賃料に対する物上代位が認められる場合というのは、かなり限られた場合のみということ」になることが予想されるだろう、と東海林邦彦「抵当権に基づく物上代位が賃料に及ばないとされた事例」判タ411号38頁以下において見解が述べられている。

²⁴ 東京高裁昭和31年9月4日決定下民集7巻9号2368頁以下、東京高裁昭和60年2月22日決定判時1150号191頁以下。

²⁵ 前掲注24における東京高裁昭和31年決定、大阪高裁昭和42年9月7日決定判時506号39頁以下、福岡高裁昭和60年8月12日決定判時1173号71頁以下。東京高裁昭和31年決定における下民集7巻9号2370頁より引用。このような理由付けに対して、村松俊夫氏は「物上代位の本質からみていいすぎと思う」としている。「根抵当権に基づき物上代位によって賃料債権に対し債権差押と取立命令を求めることができるか」金法518号13頁以下、15頁より引用。

ことができないとすると「抵当権の実行を著しく弱め」、この「両者の公平を欠く」という理由²⁶、また④これを認めたからといって「設定者から目的物の収益権能を奪わないという抵当権の性質に必ずしも反するものとはいえない」という理由²⁷、などがあげられている²⁸。

(3) 条件付肯定

これは2件みられた。まず、大阪高裁昭和61年8月4日決定²⁹だが、これは基本的には(1)の原則否定の立場を採るという態度を示している。(1)において大阪高裁が昭和54年2月19日に示した①②というような特段の事情がない限りは³⁰、賃料債権への物上代位権行使は否定する。しかし、同事案はさらに条件を付して、③「被担保債権の弁済期が到来し不動産競売の申立がなされて開始決定による差押の効力が発生した後は、民法三七一条一項に照らし、」賃料債権へ物上代位権を行使することができるとしている³¹。そのため、原則否定をとる昭和54年の大阪高裁の立場と比べると、同事案の場合は、一定の条件の具備した後は、むしろ確定的に賃料への物上代位を肯定する立場にあると判断できるのではないだろうか³²。

次に、東京高裁昭和63年4月22日決定³³であるが、これは、まず所有者から使用収益権能を奪うことをしないという抵当権の性質をあげている。その上で、抵当権に基づく物上代位が、抵当不動産の「賃料債権にまで及ぶかどうかという問題があるけれども、当裁判所は競売開始決定の効力発生前のことはともかく」として、この件についての自己の立場を明確にすることを避けつつも、競売開始決定の「効力発生時点以降において」は、「賃料債権にまで及ぶと解する」としている³⁴。要するに、この事案もまた、抵当権実行後に限定してこれを肯定していると読み取ることができるだろう³⁵。

²⁶ 前掲注25における大阪高裁昭和42年決定。判時506号40頁より引用。

²⁷ 前掲注25における福岡高裁昭和60年決定。判時1173号73頁より引用。

²⁸ 前掲注24、東京高裁昭和60年決定に対して、堀内仁「実務のための金融判例紹介——抵当不動産の賃料債権は抵当権にもとづく物上代位の目的となるか」手形研究372号61頁以下、前掲注25、福岡高裁昭和60年決定に対して、三林宏「抵当権に基づく物上代位と賃料債権」法律時報58巻11号116頁以下。

²⁹ 大阪高裁昭和61年8月4日決定判タ629号209頁以下。

³⁰ 本稿54—55頁参照。

³¹ 判タ629号210頁より引用。

³² この事案について、篠田省二「金融判例研究報告——抵当権に基づく物上代位と目的不動産の賃料債権に対する差押えの可否」金法1181号15頁以下、堀内仁「抵当権者は目的不動産の賃料につき抵当権を行使することができるか」金法1163号4頁以下において意見が述べられている。

³³ 東京高裁昭和63年4月22日決定高民集41巻1号39頁以下。

³⁴ 高民集41巻1号40—41頁より引用。

³⁵ この判断につき、岩井伸晃「抵当権に基づく物上代位が抵当不動産の賃借人（転貸人）の有する賃料（転賃料）債権にまで及ぶとされた事例」判タ706号昭和63年度主要民事判例解説46頁以下において、「最近の実務の趨勢に沿うものであるといえよう」とされている。その他にも、高木多喜男「抵当権設定登記後の転賃借と転賃料にたいする物上代位」私法判例リマークス（法律時報別冊）1号35頁以下、牧山市治「金融判例研究会報告——抵当権に基づく物上代位権は抵当不動産を後に借り受けた賃借人の賃料（転賃料）債権にまで及ぶか」金法1210号23頁以下、安田實「抵当不動産の賃借人の転賃料に対する抵当権による物上代位の可否」判タ735号平成元年度主要民事判例解説60頁以下、などにおいて意見が述べられている。

(4) 分類不能

まず高松高裁昭和44年11月25日決定だが³⁶、これは、賃料債権への物上代位権行使を肯定するとした(2)の立場においてあげられている理由②により、賃料債権への物上代位権行使が認められうる、という可能性のみを示唆するものであった。

名古屋高裁昭和60年7月18日判決³⁷は、これもまた同様に理由②をあげつつも、「根抵当権者である被控訴人がした賃料債権の差押、転付の手続が、すでに目的物件に対する担保権の実行による差押手続開始後にされたという本件のような場合においては、被控訴人による右権利行使を相当としては認めることができる」としている。そのため、当該裁判所の判断が、賃料債権への物上代位権行使を、あくまで抵当権の実行後のみ認めるとする(3)条件付肯定に当たるのか、それとも(2)のようにそのような条件を満たさずとも行使できるとしているのかが不明瞭である。

4 小括

以上より、この時代における判例を確認してきたのだが、物上代位物の「範囲」に動きがみられたといえるのではないだろうか。抵当権に基づく場合の物上代位物として、売却代金債権と賃料債権がその「範囲」に加わりつつあるという傾向が窺えた。特に、賃料債権については、昭和60年代に入るとこれを否定するという説は見られず、少なくともいずれの事案も抵当権が実行された後についてはこれを認めているようであった。

また、上であげた事案とは直接係わり合いがないものであるが、昭和45年7月16日に、最高裁が、抵当目的物への「抵当権実行が可能な場合においても」、物上代位権を有する場合はそれを「選択行使することができる」のであるとして、抵当権者は「いずれか一方を選択して行使することができる」と述べている³⁸。最高裁が示したこのような判断は、賃料債権への物上代位を原則否定する立場が掲げる根拠を覆すものとなっている。これにより、賃料債権への物上代位権行使を認めるとする立場は後押しされることとなりうるだろう³⁹。また、同様に、売却代金債権へこれを行行使するという場面でも、この最高裁の判断に従うと、追及効の有無にかかわらず認められることとなりうるのではないだろうか。

いずれにせよ、各裁判例の傾向から、抵当権に基づく場合であっても売却代金債権と賃料債権について、これを物上代位物の「範囲」に含めることにつき、積極的な意見が出されるようになっていたことは明白である。すなわち、この点に関しては、ボワソナード草案・旧民法時から、そして明治民

³⁶ 下民集20巻11・12号897頁以下。

³⁷ この事案は平成元年判決の原審にあたり、掲載文献については前掲注3、民集43巻9号1070頁以下参照。

³⁸ 民集24巻7号965頁以下参照。968-969頁より引用。

³⁹ 実際に、賃料債権へ抵当権に基づく物上代位を認めた福岡高裁昭和60年8月12日の事案において、この判決が引用されている。

法制定以後も制限的に解されていた⁴⁰物上代位制度の「範囲」を拡張する傾向が生じつつあったことが窺うことができる。

Ⅲ 物上代位制度の「枠」——「強度」という側面から——

物上代位制度は、担保権を保護する必要性と、その権利行使により担保権者を保護したために生じる他者への影響に対する配慮、この両者のバランスの上に成り立っており、この配慮すべき対象と物上代位権行使の制限の度合いは、「強度」に直接的にかかわってくる、との考えは先に述べたとおりである⁴¹。このような見地から各裁判例をみるに、本稿の定めた時代において、この「強度」にかかわる判断を下したと思われる事案は16件であった。

この問題について、大審院が大正12年に示した態度は、昭和5年に再び大審院でこれを支持されて以来⁴²、昭和59年2月2日に最高裁⁴³によってこの件に関して意見を述べるまで、最上級審において争われることはなかった⁴⁴。この最高裁による判断までの間に下級審において、この点について争われた事案を14件見つけることができた。

1 「強度」をめぐる裁判例（大審院廃止から昭和59年最高裁判決前夜まで）

この14件の事案において、いずれの裁判例も、明治民法304条1項但書の定める「差押」の意義について、①物上代位の目的となる債権の特定性を保持して物上代位権を保存するためであり、それによって②物上代位権の存在を公示して他の債権者の保護を図るためである、と解している。そのうち4件⁴⁵は、この①②の理由を挙げ、物上代位権を行使するには自らの差押えが必要である旨を述べるが、これにより担保権者が受けうる制限については全く触れていない。物上代位権行使の制限となりうる点について、具体的内容にまで踏み込んで意見が述べられた事案は10件であった。それらは以下のように分類することができる。

⁴⁰ 拙稿・前掲注6、本稿49頁参照。

⁴¹ 本稿49～50頁参照。

⁴² 拙稿・前掲注6参照。

⁴³ 昭和59年2月2日最高裁判決民集38巻3号431頁以下。

⁴⁴ それ以前の判例として、昭和58年12月8日に最高裁が、抵当不動産の換地処分に伴って支払われる精算金債権に対する物上代位について判断を下している。そこでは、他の債権者が差押をした後でも抵当権者は物上代位権を行使することが可能とされ、また、債権が「譲渡等により宅地所有者から第三者に移転しても異なるものでない」として、この場合も物上代位の可能性を示唆している。しかしこれはあくまで土地区画整理法の特殊性を汲んだ判決であったため、純粋に明治民法304条にかかわる問題としてはここでは扱わないこととする。塩崎勤「35抵当権が設定されている宅地についての土地区画整理法上の換地処分に伴う清算金債権に対し差押・転付命令を得た者と施行者に対する右清算金支払請求の可否」法曹時報38巻9号133頁以下。

⁴⁵ 前掲注19における大阪地裁昭和33年判決、東京高裁昭和49年7月18日判決金判428号2頁以下、札幌高裁昭和52年7月30日決定下民集28巻5～8号876頁以下、大阪高裁昭和57年6月25日決定金判659号32頁以下。

(1) 債権譲渡・質入

これにかかわる事案は4件みられた⁴⁶。これらによると、債権譲渡や質権設定というような、「債権をそのまま処分する行為」⁴⁷もまた、明治民法の定める「払渡又ハ引渡」に当たると考えられている⁴⁸。そのため、それぞれの対抗要件の具備と物上代位権行使のために担保権者がする「差押」との先後で、担保権者が自己の優先権を主張できるか否かが決されることとなる。しかしこのように解すると、これは担保権者にとって物上代位権行使の際の大きな負担となりえ、その「強度」を薄弱たらしめる可能性があるだろう。

(2) 破産宣告

破産宣告が「払渡又ハ引渡」に当たるか否かが争われた事案において参照しえたものは7件であり、ふたつに意見が分かれている。

破産宣告によって、これ以後は破産者の財産は破産財団に属し、その財産に関して管理処分権能は破産管財人が専属で負うこととなる。また、債権者も個別的な権利行使は禁止され、破産手続に参加することで債権を回収するよう強制される。このような、破産宣告から生じる効果をどのように解するかによって判断が分かっていた。

これを、現実の執行処分を伴うものではないとして、個別執行における現実の差押えと同視することはできないため、物上代位に必要な差押えには当たらない、との考えに基づき、破産宣告は物上代位権行使の障害にならないとした事案は2件みられた⁴⁹。

他方、破産宣告による効果で担保権者はもう破産管財人に対抗できなくなるとして、「破産宣告前に差押えないかぎり破産財団ひいては破産管財人に対し」物上代位権の行使を主張できない、とした事案は5件であった⁵⁰。

⁴⁶ 前掲注15、福岡高裁宮崎支部昭和32年決定がこの事案のひとつにあげられる。これに対して、朝川伸夫「保険金請求権に対する質権と物上代位権との優劣」法学新報64巻9号32頁以下、北沢正啓「物上代位と保険金請求権上の質権の優劣」別ジュリ12号(1993)40頁以下、田川士郎「抵当権の物上代位と火災保険金請求権上の質権との優劣」ジュリ増担保法の判例I(1994)139頁以下、道垣内弘人「物上代位と保険金請求権上の質権の優劣」別ジュリ138号(1996)78頁以下、中馬義直「保険金債権上の質権と抵当権に基づく物上代位」私法21号(1959)79頁以下、成富信夫「抵当権による物上代位と質権との優劣」金法154号236頁以下、西島梅治「火災保険質と物上代位の優劣」別ジュリ38号(1972)163頁以下、秦光昭「抵当権に基づく物上代位と債権質の優劣」金法1433号104頁以下、松村寛治「物上代位と保険金請求権上の質権の優劣」別ジュリ70号86頁以下、など多数において意見が述べられている。その他の裁判例として、高知地裁昭和43年3月26日判時526号78頁以下、福岡地裁小倉支部昭和55年9月11日下民集31巻9～12号890頁以下、名古屋高裁昭和56年8月4日判タ459号70頁以下。

⁴⁷ 前掲注15、福岡高裁宮崎支部昭和32年決定、下民集8巻8号1625頁より引用。

⁴⁸ 前掲注46における福岡地裁小倉支部昭和55年決定においても、「差押」は、債権譲渡・質権設定等の処分行為をも包含する意味での「払渡又ハ引渡」より先になされなければならないとしている。

⁴⁹ 大阪高裁昭和54年7月27日決定判タ398号110頁以下事案④、名古屋高裁昭和56年8月4日決定判タ459号70頁以下。

⁵⁰ 大阪高裁昭和54年7月31日決定判タ398号110頁以下事案⑤、112頁より引用。大阪高裁昭和55年3月14日決定判タ421号88頁以下事案④、東京高裁昭和56年3月10日決定判タ441号117頁以下事案⑥、東京高裁昭和56年3月16日決定判タ441号117頁以下事案④、大阪高裁昭和57年5月18日決定金判653号35頁以下。

(3) 他の債権者による差押

他の債権者による差押えがすでになされた場合の物上代位権行使の可否について争われた事案は1件のみであった。それによると、「物上代位の目的たる転売代金債権が弁済により消滅し、あるいは債権の譲渡・転付等により他に移転することなく債務者に帰属する限り」先取特権者は、「他の債権者による差押、仮差押の有無にかかわらず、更にこれを差押えることは」可能である、とされた⁵¹。

(4) 転付命令

上記(3)にあるように、他の債権者のために転付命令が発せられた場合は、物上代位権行使はできないとした事案がみられた。

2 「強度」をめぐる裁判例(昭和59年最高裁判決から平成元年判決前夜まで)

以上のように、下級審において、担保権者がどの時点までに「差押」をなせば物上代位権を行使することが可能となるのかという点について争われてきた。この答え次第では、担保権者にとって物上代位権を行使する上での大きな制約となり、物上代位制度の「強度」を弱めることにもつながりうる。実務上の運用によってどのような限界が定められたのだろうか。大審院以来初めて示された最上級審の判断を参照してみよう。

それは前述のとおり、昭和59年2月2日に下されたものである⁵²。

これは、明治民法304条1項但書の求める「差押」の意義について①物上代位の目的債権の特定性を保持することで物上代位権を保全し、さらに②その権利を他の債権者に知らせることで第三者が不測の損害を被ることを防止しようとするものである、としている。その上で、注目すべきは、その第三者保護の内容である。それは、「第三債務者による弁済又は債権の第三者への譲渡の場合とは異なり、単に一般債権者が債務者に対する債務名義をもって目的債権につき差押命令を取得したにとどまる場合には、これによりもはや先取特権者が物上代位権を行使することを妨げられるとすべき理由はない」というものであった。つまり、第三債務者による弁済や第三者への債権譲渡の場合は、物上代位権を行使することはもはやできなくなるが、一般の債権者が差し押さえた状態にあるだけの場合は、担保権者は物上代位権の行使を制限されないとしている。また、同時に「破産宣告決定を受けた場合においても」、前記「一般債権者による差押の場合と区別すべき積極的理由はない」として、担保権者に、破産宣告後の物上代位権行使を保証している。また差押えがこのように求められる理由に、第三債務者を保護する意味合いが含まれていることも明確に述べられており、注目に値すると考えられる⁵³。

⁵¹ 前掲注49における名古屋高裁昭和56年決定、70頁より引用。本稿58頁参照。

⁵² 前掲注43、最高裁昭和59年判決民集38巻3号431頁以下。

⁵³ 生熊長幸「債務者が破産宣告を受けた場合と先取特権者の物上代位権」民商法雑誌92巻2号240頁以下、石川明「先取特権の物上代位と債務者の破産」金法1100号58頁以下、遠藤賢治「4 債務者が破産宣告を受けた場合と先取特権者の物上代位」法曹時報41巻1号149頁以下、鎌田薫「債務者が破産宣告を受けた場合と先取特権者の物上代位権」法学セミナー363号132頁、同「債務者の破産宣告と動産売買先取特権の物上代位」判タ529号60頁以下、渡部晃「動産売買の先取特権と債務者の破産(上)(中のI)(中のII)(下)」NBL313号16頁以下・321号33頁以下・324号44頁以下・328号30頁以下、など多数意見が述べられている。

さらに、この判断は昭和60年7月19日最高裁判決⁵⁴でも踏襲され、差押えは「物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面目的債権の弁済をした第三債務者又は目的債権を譲り受け若しくは目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止しようとするものである、とされている。つまり、さらにここで転付命令を得た第三者の保護の必要性も述べられた⁵⁵。

3 小括

以上より、物上代位制度の「強度」にかかわると考えられる事案について検討してきた。下級審において、明治民法304条1項但書の「差押」は、どの時点までになされる必要があるのか、について争いがあり、それぞれがこの点について苦慮していたことが窺える。

これに対して、昭和59年、60年と立て続けに2件の最高裁判決が下された。それによると、第三債務者による弁済、債務者から第三者への債権譲渡、他の債権者への転付命令があった場合には、もはやこの物上代位権を行使することはできないこととなった。他方で、一般債権者による差押、破産宣告、などでは明治民法304条1項但書の定める「払渡又ハ引渡」に当たらないとして、担保権者に物上代位権行使の機会を与えられている。そして最高裁は、「差押」の意義を第三債務者を含む第三者を不測の損害から防ぐこと、に求めている。

このような最高裁の判断は、大審院がみせた判断よりも、物上代位権行使の制限を緩やかにするものであるということができないのではないだろうか⁵⁶。それによって、徐々にではあるが、担保権者にとって物上代位制度の「強度」が増しつつあったと考えられる。

おわりに

以上より、大審院廃止後から平成元年判決前夜までの裁判例を扱い、当時の実務において構築された物上代位制度の「枠」について確認してきた。

これは、明治民法制定によって、物上代位制度が、なかでも特に抵当権に基づく場合の当該制度が、それまで課されていた制限から解き放たれ、その「枠」を大きく広げうるよう規定されたことに端を発する。このような条文上の物上代位制度の「枠」の拡大傾向を実務はどう理解し、法を適用していたのかという点に注目して、実務的な物上代位制度の「枠」を構築することに努めた。そのための手法として、「範囲」と「強度」という二辺から検討を進めてきた。

具体的には、ボワソナード草案・旧民法時において、担保権者との関係から、その「範囲」については厳格な基準が定められ、制限的に解されていた。また他方で、「強度」は担保権者に

⁵⁴ 民集39巻5号1326頁以下。

⁵⁵ この事案に対して、石川明「優先権を有する債権者の転付命令と他の債権者の執行参加をめぐる若干の問題」法学教室66号85頁、鎌田薫「物上代位と差押」法学セミナー375号50頁、住吉博「判例批評」民商法雑誌94巻5号634頁以下、道垣内弘人「動産売買先取特権の物上代位」別冊ジュリスト104号174頁以下、など参照。

⁵⁶ 拙稿・前掲注6、本稿50頁参照。

保証されており、行使の際に厳しい制限が課されることのない規定となっていた。

明治民法制定によって、この「枠」が拡大する可能性を含むよう姿を変えた規定は、予想に反して、大審院が廃止されるまでの間の運用から、むしろ縮小傾向をみせたのである。それは、「範囲」について、ボワソナード草案・旧民法時の見解がほとんどそのまま残り、「強度」についてはむしろ他の債権者保護に比重をおいたため、その反射の効果として担保権者の権限が、逆に制限されることとなったからであった。

これを踏まえて、本稿では、戦後のわが国における物上代位制度の「枠」、これがどのように構築されていったかについて検討してきた。これによると、「範囲」という面では、拡張する流れを認めることができる。それは、まさに制定された明治民法が含む可能性を体现するかのよう、に、抵当権に基づく物上代位物として売却代金債権と賃料債権がこれに含まれるような傾向を窺わせている。

他方で、「強度」について考えると、ボワソナード草案・旧民法時に比べて、まだ物上代位権行使の際に担保権者に制限が加えられているといえよう。しかし、大審院時代の実務界が構築してきた「強度」と比べると、本稿が対象とした年代では若干の発展がみられた。

つまり、実務上では、大審院時代においてみられた慎重な態度と比して、「範囲」「強度」とともに変化し、物上代位制度の「枠」は拡大されつつあったことがわかるであろう。

それでは、このような流れは、今後どこに行き着くのであろうか。これについては、物上代位の「枠」を考えるうえでも大きな転機となっている平成元年判決から今回の改正にいたるまでの間の、目覚しく展開していく裁判例を検討することが必要であると考ええる。

このような一連の物上代位に関する裁判例より、明治民法制定から今改正までの、実務がもたらした物上代位制度の「枠」をつかみ、抵当権が不動産収益に対してどのような効力を有するとされていたのかについて、その「枠」を構築していくことが、最終的な目的として掲げた改正民法解釈に必要であると考ええる。これらについては今後の研究課題とすることにし、ひとまず本稿を閉じることとする。